Eduskunnan talousvaliokunta
Eduskunnan hallintovaliokunta

Hankintalakiehdotuksen (HE 108/2016 vp) vahingonkorvaussäännös

Eduskunnan talous- ja hallintovaliokuntien käsiteltävänä on hankintalain kokonaisuudistusta koskeva hallituksen esitys. Hansel on antanut molemmille valiokunnille asiantuntijalausunnon, jossa käsitellään muun ohella hankintalakiehdotuksen 169 §:n vahingonkorvausvelvoitetta ja ehdotetaan, että uuden lain säännös vastaisi nykylain 107 §:ää. Tähän lisälausuntoon sisältyvällä yksityiskohtaisemmilla perusteluilla haluamme vielä kiinnittää eduskunnan huomioita vahingonkorvaussäännöksen hankintayksiköille ja julkisten varojen käytölle aiheutuviin taloudellisiin ja oikeudellisiin riskeihin.

Ehdotetun 169 §:n mukaan ehdokkaalla, tarjoajalla tai toimittajalla on oikeus saada korvausta hankintalain vastaisella menettelyllä aiheutuneesta vahingosta nk. kevennetyllä todistustaakalla. Tällainen vahingonkorvausvelvollisuus on erittäin poikkeuksellinen ja yleisten vahingonkorvausoikeudellisten periaatteiden vastainen. Säännös on ankara ja saattaa aiheuttaa hankintayksiköille vaikeasti ennakoitavia ja merkittäviä taloudellisia riskejä. On lisäksi huomattava, että valvontaviranomaisen hankintalain menettelyvaatimusten täyttämiseen antama hallinnollinen ohjaus voi laukaista vahingonkorvaussäännöksen soveltamisen. Hankintayksiköiden oikeusaseman kannalta on erityisen ongelmallista se, että hankintayksiköllä ei ole valitusoikeutta valvontaviranomaisen mahdollisesti antamasta virheellisestä hallinnollisesta ohjausratkaisusta.

Kiinnitämme huomiota myös siihen, että vahingonkorvaussäännöksen perustelut ovat hyvin suppeat eikä uudistuksesta ole tehty minkäänlaista vaikutusarviota.

Yksityiskohtaisemmat perustelut esitetään tämän asiakirjan liitteenä olevassa muistiossa. Annamme mielellämme lisätietoja asiasta.

Helsingissä, 12. lokakuuta 2016

Eija Kontuniemi
Lakiasiainjohtaja

Liite Muistio

Hansel Oy
PL 1386
00101 Helsinki
(Mannerheiminaukio 1 A)
Puh. 0294 444 200
Faksi 0294 444 399

Hansel Ab
PB 1386
00101 Helsingfors
(Mannerheimplatsen 1 A)
Tfn 0294 444 200
Fax 0294 444 399

Hansel Ltd.
P.O. Box 1386
FI-00101 Helsinki
(Mannerheiminaukio 1 A)
Tel. +358 294 444 200
Fax +358 294 444 399

Y-tunnus 0988084-1
FO-nummer 0988084-1
VAT FI09880841

www.hansel.fi

Hansel Oy:n näkemys uuden hankintalain 169§:n sisällöstä

Hanselin näkemyksen mukaan uuden hankintalain vahingonkorvausta koskevan 169§:n tulisi pysyä saman sisältöisenä voimassaolevan hankintalain 107§:n kanssa. Kevennetyn todistustaakan soveltamisalaa ei siis pidä laajentaa, vaan kevennetyn todistustaakan tulee edelleen koskea vain vahingonkorvausvaatimusta, joka koskee tarjousmenettelystä aiheutuneita kuluja.

Ehdotamme kuitenkin 169§:n ensimmäisen momentin ilmaisun *"Europan unionin lainsäädännön"* korvaamista ilmaisulla *"Euroopan unionin hankintadirektiivien"*, koska ilmaisu "lainsäädäntö" on liian laaja ja epämääräinen eikä se ole linjassa kahden muun samassa momentissa yksilöidyn normiston kanssa.

Perustelut

Uuden hankintalain 169§:n sisältö ja sitä koskevat perustelut hallituksen esityksessä (HE 108/2016) avaisivat ehdokkaalle, tarjoajalle ja toimittajalle poikkeuksellisen laajat oikeudet vaatia ja saada vahingonkorvausta poikkeuksellisen kevyillä todistustaakkasäännöksillä. Ehdotetun 169§:n osalta on jätetty huomioimatta Suomen sopimus- ja vahingonkorvausoikeuden perusperiaatteita.

Uuden hankintalain 169§:n yksityiskohtaisten perustelujen maininta *"Korvaukseen oikeuttavaa vahinkoa voisi syntyä ehdokkaalle tai tarjoajalle tarjouskilpailuun osallistumisesta aiheutuneina kustannuksina ja saamatta jääneenä voittona"* on varsin ylimalkainen. Käytännössä velkoja ei voi vaatia kumpaakin oikeusseuraamusta eli vaatia sekä ns. negatiivista sopimusetua että positiivista sopimusetua korvattavaksi, vaan nämä oikeusseuraamukset liittyvät erilaisiin tilanteisiin ja vahingonkorvausta voi saada vain jommankumman periaatteen mukaan, ei molempien. Mikäli myönnettävä vahingonkorvaus kattaisi sekä negatiivisen että positiivisen sopimusedun korvaamisen, se merkitsisi velkojalle perusteetonta etua.

169§:n ehdotettu sisältö on omiaan johtamaan lisääntyviin oikeudenkäynteihin, jotka ovat kuitenkin omiaan (jäljempänä esitettävin perustein) jäämään tuloksettomiksi. Ehdotettu sisältö saattaisi myös tuomioistuimet todella vaikeiden arviointien eteen korvattavaksi tuomittavan saamatta jääneen voiton arvioinnissa.

Sopimuksen ulkoisesta vahingonkorvausvastuusta

Ehdokkaalle tai tarjoajalle syntynyt vahinko on luonteeltaan sopimuksen ulkoista vastuuta, johon Suomen vahingonkorvausoikeuden mukaan lähtökohtaisesti sovelletaan vahingonkorvauslakia. Vahingonkorvauslaissa oikeus saada korvausta taloudellisesta vahingosta on sidottu nimenomaisiin kriteereihin. Vahingonkorvauslain 5 luvun 1 §:n mukaan *"Milloin vahinko on aiheutettu rangaistavaksi säädetyllä teolla tai julkista valtaa käytettäessä taikka milloin muissa tapauksissa on erittäin painavia syitä, käsittää vahingonkorvaus hyvityksen myös sellaisesta taloudellisesta vahingosta, joka ei ole yhteydessä henkilö- tai esinevahinkoon."*

Hansel Oy
PL 1386
00101 Helsinki
(Mannerheiminaukio 1 A)
Puh. 0294 444 200
Faksi 0294 444 399

Hansel Ab
PB 1386
00101 Helsingfors
(Mannerheimplatsen 1 A)
Tfn 0294 444 200
Fax 0294 444 399

Hansel Ltd.
P.O. Box 1386
FI-00101 Helsinki
(Mannerheiminaukio 1 A)
Tel. +358 294 444 200
Fax +358 294 444 399

Y-tunnus 0988084-1
FO-nummer 0988084-1
VAT FI09880841

www.hansel.fi

Toinen vahingonkorvausoikeudessa vakiintunut vastuuperuste sopimussuhteen ulkopuolella on ns. sopimuksentekotuottamus (culpa in contrahendo), jolla tavallisimmin tarkoitetaan sopimusneuvottelujen keskeytymiseen tai sopimuksen pätemättömyyteen liittyvää vahingonkorvausvastuuta. Näissä tilanteissa vahingonkorvaus määräytyy pääsääntöisesti negatiivisen sopimusedun mukaisesti eli korvaus kattaa tarpeettomaksi käyneet (neuvottelu)kustannukset.

Negatiivinen sopimusetu tulee useimmiten korvattavaksi tilanteissa, joissa osapuolten välillä ei ole pätevää sopimusta. Negatiivisen sopimusedun korvaamisella tarkoitetaan velkojan saattamista siihen taloudelliseen asemaan, jossa hän olisi ollut, ellei sopimusta olisi lainkaan tehty eikä ryhdytty valmistelemaan. Tavallisesti tämä tarkoittaa sopimuksen valmistelusta ja päättämisestä aiheutuneita kustannuksia. Nykyisen hankintalain 107§:n toinen momentti heijastaa negatiivisen sopimusedun korvaamisen periaatetta. Negatiivisen sopimusedun korvaaminen sopii pykälän tarkoittamaan tilanteeseen hyvin, koska kyse on juuri toteutumatta jääneestä sopimuksesta ja ehdokkaan tai tarjoajan saattamista siihen taloudelliseen asemaan, jossa hän olisi ollut ilman tarjouskilpailuun osallistumista.

Positiivisen sopimusedun korvaaminen on olemassa olevaan sopimukseen perustuvan vastuun toteuttamismuoto: se tarkoittaa velkojan saattamista vahingonkorvauksen avulla siihen taloudelliseen asemaan, johon hän olisi päätynyt, jos sopimus olisi täytetty oikein. Positiiviseen sopimusetuun luetaan siis myös sopimuksen oikeasta täyttämisestä seuraava voitto.

Suomen sopimus- ja vahingonkorvausoikeudessa positiivisen sopimusedun korvaaminen on selkeästi sidottu olemassaolevaan sitovaan sopimukseen ja se on siten sopimusrikkomuksesta johtuva oikeusseuraamus. Uuden hankintalain 169§:ään ja sen kevennetyn todistustaakan piiriin on nyt ehdotettu tuotavaksi oikeuskeinona myös positiivisen sopimusedun korvaaminen (*"... ja saamatta jääneenä voittona."*) Ehdotus on Suomen sopimus- ja vahingonkorvausoikeuden viitekehyksessä hyvin erikoinen ja erityisen poikkeukselliseksi sen tekee ehdotus, jonka mukaan positiivisen sopimusedun korvaamiseen (eli lähtökohtaisesti olemassaolevaa sopimusta edellyttävään vastuuseen) sovellettaisiin 169§:n mukaista kevennettyä todistustaakkaa.

Koska 169§:n tarkoittamassa tilanteessa ehdokkaan tai tarjoajan (tai tehottomuustapauksessa toimittajan) ja hankintayksikön välillä ei ole sopimusta, olisi vahingonkorvausoikeuden käsityksemme mukaan määräydyttävä vahingonkorvauslain mukaan.

Hankintayksiköiden näkökulmasta ehdotus on kohtuuton ja tuo hankintoihin ennakoimattomia taloudellisia riskejä. Käytännössä nyt ehdotetun 169§:n mukaiseen vahingonkorvaukseen oikeutettuja voisi olla useampiakin: kevennetystä todistustaakasta johtuen kaksi tai vielä useampikin ehdokas, tarjoaja ja/tai toimittaja voisi olla kyvykäs näyttämään, että "virheettömässä menettelyssä hänellä olisi ollut todellinen mahdollisuus voittaa tarjouskilpailu." Tämä tilanne johtaisi siihen, että hankintayksikkö maksaisi tuotteesta tai palvelusta todelliselle toimittajalleen, mutta maksaisi myös saamatta jäänyttä voittoa näille vahingonkorvauksen vaatijoille. Tarjousmenettelystä aiheutuneiden kulujen osalta tällainen korvausskenaario on jollakin tapaa ymmärrettävissä ja hyväksyttävissä, mutta ei missään nimessä saamatta jääneiden voittojen.

Ottaen huomioon mm. Suomen hallitusohjelmassa asetetun tavoitteen siitä, että 5% julkisista hankinnoista tulisi olla innovatiivisia, edellä mainittu uusi ennakoimaton taloudellinen riski on hankintayksiköille kohtuuton eikä palvele näitä innovatiivisten hankintojen tavoitteita.

Miten saamatta jäänyt voitto arvioitaisiin?

Ehdotettu mahdollisuus vaatia positiivisen sopimusedun korvaamista eli saamatta jäänyttä voittoa kevennetyllä todistustaakalla olisi omiaan lisäämään hankintalakiin perustuvia vahingonkorvausoikeudenkäyntejä. Mikäli hankintalain 169§ jäisi nyt ehdotettuun muotoonsa, olisivat tuomioistuimet todella kiperien kysymysten äärellä: mitä olisi saamatta jäänyt voitto? Mikä tahansa hankintasopimus voidaan irtisanoa tai purkaa ennenaikaisesti: esimerkiksi 4 vuodeksi tehty sopimus ei ole varmaa tuloa edes toimittajaksi valitulle yhtiölle ennenaikaisen päättymisen riskin vuoksi. Miten voitaisiin vahingonkorvauksia määrätessä olettaa, että juuri kyseinen ehdokas, tarjoaja tai toimittaja olisi varmasti saanut tuloa koko sopimuskauden ajalta?

Velkojan kärsimä todellinen vahinko muodostaa vahingonkorvauksen ylärajan; sääntö tunnetaan sopimusoikeudessa rikastumiskieltona. Vahingonkärsijän ei tule korvauksen seurauksena päästä parempaan asemaan kuin mihin hän olisi päätynyt ilman vahinkotapahtumaa. Oikeudenkäynteihin liittyy myös mitä ilmeisin ennenaikaisten vaatimusten riski: etukäteen tehdyt vaatimukset saamatta jääneestä voitosta tultaneen monissa tapauksissa hylkäämään ennenaikaisina.

Hanselin puitejärjestelyt muodostavat 169§:n valossa oman ongelmakenttänsä. Puitejärjestelyn osapuolina voi olla kymmeniä toimittajia ja asiakkaita. Jos jokin ehdokas tai tarjoaja on jäänyt puitejärjestelyyn valitsematta ja vaatii vahingonkorvausta Hanselilta 169§:n nojalla, miten voitaisiin määritellä sen saamatta jäänyt voitto, kun potentiaalisia tilaajia ja toimittajia on monia. Puitejärjestelyn tekohetkellä ei ole vielä tietoa siitä, kuinka moni mahdollinen Hanselin asiakas lopulta liittyy puitejärjestelyyn, paljonko kukin puitejärjestelyyn aikanaan liittyvä asiakas todella tilaa tuotteita tai palveluita puitejärjestelyn alla ja keneltä puitejärjestelyyn valituista toimittajista niitä tilattaisiin.

Johtopäätös

Edellä mainittujen perustelujen nojalla Hansel ehdottaa, että uudessa hankintalaissa nykyisen hankintalain 107§:ää ei muuteta, vaan uuden lain 169§ olisi identtinen nykyisen lain 107§:n kanssa lukuun ottamatta tämän asiakirjan ensimmäisessä kohdassa ehdottamaamme muutosta.

Helsingissä 7.10.2016

Eija Kontuniemi
lakiasiainjohtaja

Kaisa Fahllund
johtava lakimies